

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada contra o parágrafo único do art. 9º da Lei Complementar nº 266/22 (Lei de Organização Judiciária do Estado do Piauí), com a redação conferida pela Lei Complementar nº 294, de 16 de abril de 2024. A norma prevê que a nova vaga do quinto constitucional (nº 5), surgida após a ampliação do número de membros do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJPI), será preenchida por membro proveniente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), autora, sustentou haver violação do art. 93 da CF/88, aduzindo que a matéria tratada na norma piauiense seria reservada à Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), e do art. 94 da CF/88, com o argumento de que a designação da vaga à OAB violaria o critério da alternância entre as classes estabelecida no art. 100, § 2º, da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN).

Reconheço a **legitimidade ativa da autora**, considerando seu caráter nacional e a correlação entre o objeto da ação direta e os objetivos institucionais da entidade. Passo à análise do mérito da controvérsia.

1. Da alegação de inconstitucionalidade *formal* por contrariedade ao art. 93 da CF/88

A autora aduz haver violação do art. 93 da CF/88, com o argumento de que a norma trataria de matéria reservada à LOMAN. Defende que a destinação de vaga ímpar de quinto constitucional estaria devidamente regulada no art. 100, § 2º, da LOMAN, não estando inserida no âmbito da autonomia dos tribunais.

Conforme esclarece o Estado do Piauí nos autos, o Tribunal de Justiça do Estado aprovou, em sessão administrativa, a Resolução nº 412, de 1º de abril de 2024, pela qual propôs à assembleia legislativa do estado alterações à Lei de Organização Judiciária Estadual, elevando o número de desembargadores de vinte para vinte e dois. Aprovada a proposta pela

casa legislativa, foi criada uma nova vaga de quinto constitucional, a qual foi destinada à advocacia, na forma do art. 9º da lei orgânica, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 294/24.

A norma questionada, longe de estabelecer critérios para o preenchimento de vaga ímpar do quinto constitucional, como faz o art. 100, § 2º, da LOMAN, tão somente dispõe acerca da destinação da vaga recém-criada no TJPI, sendo, portanto, resultante do exercício da iniciativa privativa do Poder Judiciário Estadual para organizar sua justiça (art. 125 da Constituição de 1988).

Ademais, não prospera a associação feita pela autora entre o caso presente e a ADI nº 5.588 (Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**). Naquela assentada, o STF declarou a inconstitucionalidade de norma estadual que estabeleceu critério não previsto na Lei de Organização Nacional do Ministério Público (LONMP) para a formação de lista sêxtupla destinada ao preenchimento do quinto constitucional. A Corte entendeu que a previsão contrariava a disciplina nacional acerca da matéria. Situação semelhante não ocorre no caso ora em análise, visto que o art. 9º da Lei Complementar nº 266/22, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 294/24, não dispõe sobre os critérios gerais para a destinação de vaga do quinto, matéria tratada no art. 100, § 2º, da LOMAN.

A discussão a respeito da adequação constitucional dos critérios adotados pelo TJPI para a destinação da vaga de quinto constitucional recém-criada (nº 5) é de natureza material, integrando a segunda alegação trazida pela autora. Pelo exposto, afasto a alegação de inconstitucionalidade formal e passo à análise da inconstitucionalidade sob a perspectiva material.

2. Da alegação de inconstitucionalidade *material* por contrariedade ao art. 94 da CF/88

2.1 Do quinto constitucional na CF/88

A Constituição de 1988 prevê, no art. 94, a figura do **quinto constitucional** na composição dos tribunais regionais federais e dos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal e Territórios. Transcrevo, por oportuno, o teor da determinação constitucional:

“Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação” (grifo nosso).

O texto constitucional determina que um quinto das vagas dos referidos tribunais seja preenchido por membros do Ministério Público e por advogados. Para tanto, a Constituição estabelece requisitos. No caso dos membros do MP, exige-se que possuam mais de dez anos de carreira (requisito objetivo). No que se refere à advocacia, os advogados devem cumprir as exigências de ostentar notório saber jurídico e ter reputação ilibada (requisitos subjetivos), além de contar com mais de dez anos de efetiva atividade profissional (requisito objetivo).

A Constituição Federal também estabelece um procedimento para a indicação de membros do Ministério Público e de advogados para as vagas reservadas ao quinto constitucional. Primeiramente, devem ser formadas listas sêxtuplas pelos órgãos de representação do Ministério Público e da advocacia (neste caso, o Conselho Federal ou os Conselhos Seccionais da OAB). Na sequência, as listas sêxtuplas serão reduzidas a listas tríplexes pelos respectivos tribunais, os quais enviarão tais listas ao Poder Executivo, para que esse, nos vinte dias subsequentes, realize a

escolha de um dos candidatos para nomeação.

O art. 94 refere-se, como visto, aos tribunais regionais federais e aos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal e Territórios. A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, contudo, estendeu o quinto constitucional aos tribunais regionais do trabalho (CF/88, art. 115, inciso I) e ao Tribunal Superior do Trabalho (CF/88, art. 111-A, inciso I).

O constituinte derivado reformador, ao entender por bem aplicar o quinto constitucional para a composição dos TRT e do TST, estabeleceu os exatos requisitos previstos no art. 94 da Constituição para a seleção de advogados candidatos às listas sêxtuplas.

Ao analisar os antecedentes históricos do quinto constitucional, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, destaca seu escopo original de buscar a “**diversificação da composição [dos tribunais], com o fim de atrair aos colégios de magistrados experiências outras daquelas decorrentes do exercício da magistratura**”.

A magistrada ressalta os benefícios dessa diversificação para a atividade jurisdicional:

“O que se deve ter em foco, em verdade, é a busca da formação de um Poder Judiciário capaz de viabilizar a **reciclagem de idéias e experiências**, objetivo que passa, necessariamente, pelo sistema de composição dos tribunais. A **qualidade da prestação jurisdicional**, a par de se comunicar com a experiência profissional do julgador, guarda estreita vinculação com sua **compreensão das relações sociais formadoras da coletividade, bem como das possibilidades e limites do direito**” (PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Origem e fundamentos da participação dos advogados e de membros do Ministério Público na composição dos tribunais brasileiros: reflexões sobre o quinto constitucional. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 71, n. 3, p. 15-30,

set./dez. 2005 – grifo nosso).

O quinto constitucional é mecanismo que reflete a pluralidade da sociedade, valoriza a experiência profissional diversa da magistratura e se traduz, na prática, em decisões judiciais mais equilibradas e sensíveis à realidade, aos anseios sociais e à diversidade. Cuida-se, portanto, de regra indispensável para a composição democrática do Poder Judiciário e, sobretudo, para a oxigenação desse Poder no exercício de sua atividade-fim de prestação jurisdicional.

Como preleciona o Ministro **Gilmar Mendes** em obra doutrinária,

“[o] art. 94 estabelece o denominado *quinto constitucional*, que assume relevante valor nas sociedades complexas, na medida em que **permite a composição plural dos órgãos judiciais**. O texto constitucional valoriza, **igualmente**, a experiência profissional de advogados e membros do Ministério Público e sua importante contribuição no processo de legitimação das decisões judiciais” (MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1129 – grifo nosso).

Sustenta Sua Excelência que

“a obediência ao preceito que estabelece o quinto constitucional rende notória homenagem à principiologia constitucional (pluralismo, democracia), permitindo que os Tribunais tenham, necessariamente, uma **composição diversificada**. A não satisfação do dispositivo constitucional configura, portanto, um desvalor que, certamente, não encontra respaldo na estrutura constitucional brasileira (...)” (MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1131 – grifo nosso).

Essa compreensão também encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Vide**, como exemplo, a **ADI nº 1.289-EI**, Rel. Min. **Gilmar Mendes** (DJ de 27/2/04). Nesse precedente, o STF afirmou a possibilidade de membros do Ministério Público com *menos* de dez anos de carreira concorrerem a vaga em tribunal regional do trabalho, na hipótese de ausência temporária de membros que atendessem ao requisito constitucional.

A Corte assim decidiu, nos termos do voto do Relator, considerando a importância da composição plural dos órgãos judiciais, impulsionada pelo quinto constitucional. Por essa razão, revelou-se necessário prestigiar a composição plural do tribunal trabalhista, ainda que em detrimento da observância de um dos requisitos para o ingresso no cargo.

A Constituição de 1988 preconiza que advocacia e ministério público participem da composição dos tribunais **com iguais oportunidades**. Assim, potencializa-se a diversificação almejada pela regra do quinto constitucional, por serem essencialmente diversas as visões e as experiências trazidas por advogados e membros do ministério público à judicatura dos tribunais. Ademais, a Carta de 1988 confere idêntica estatura jurídica a ambas as instituições, elencando-as como funções essenciais à justiça. Portanto, **deflui da Constituição de 1988 uma regra da paridade entre as classes na composição do quinto constitucional**.

O ponto foi bem elucidado pela Ministra Maria Cristina Ziouva no Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 0000791-32.2019.2.00.0000 do Conselho Nacional de Justiça (Red. Conselheiro André Luiz Guimarães Godinho, 291ª Sessão Ordinária, julgado em 21/5/19):

“O preenchimento das vagas destinadas ao quinto constitucional, quer seja aos membros do Ministério Público, quer seja aos advogados, é orientado **pela paridade e pela impessoalidade**, das quais deriva alternância.

Paridade porque a tradição constitucional brasileira é de reservar **uma só e mesma fração aos membros do Ministério**

Público e da advocacia nos tribunais pátrios, sem lhes distinguir (desde a origem no art. 104, § 6º da Constituição de 1934), ou seja, sem estabelecer prioridade ou preferência a quaisquer das classes.

Impessoalidade, não só porque se trata de um imperativo para administração de todos os Poderes Constituídos (art. 37, topo, da CRFB), mas, também, porque desde a origem foi imposto que a escolha dos magistrados de fora da carreira fosse orientada por meio da elaboração de lista, inicialmente formada em ‘votação por escrutínio secreto’, evoluindo-se, depois, para publicidade, a partir da exigência republicana de transparência, consagrada nos arts. 5ª, LX e 93, IX e X da Constituição de 1988, explicitada, no ponto relacionado ao caso, na Recomendação nº 13 deste CNJ” (grifo nosso).

Conforme assinalou a Ministra Maria Cristina Ziouva, a paridade entre advocacia e ministério público no quinto constitucional remonta à origem constitucional do instituto, inicialmente previsto no art. 104, § 6º, da Constituição de 1934, quando já não se fazia distinção de tratamento das classes. Seguindo esse princípio, o art. 100, § 2º, da LOMAN estabelece o critério pelo qual será estabelecida a paridade **quando houver número ímpar de vagas de quinto constitucional**. O preceito prevê o seguinte:

“Art. 100 - (...)

§ 2º - Nos Tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, **uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma unidade”** (grifo nosso).

O sentido dessa norma já foi objeto de vários casos julgados no Supremo Tribunal Federal, dos quais passo a tratar.

2.2 Da jurisprudência do STF acerca do preenchimento de vaga ímpar do quinto constitucional

A interpretação prevalecente do art. 100, § 2º, da LOMAN resulta de decisões do STF, as quais, por sua vez, embasaram decisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Curiosamente, tanto a autora desta ação direta quanto as autoridades requeridas alegam que suas teses – embora divergentes – estariam de acordo com a jurisprudência do STF. Parece, portanto, **haver controvérsia acerca do próprio entendimento prevalente no STF sobre a matéria**, razão pela qual é imprescindível o cotejo da jurisprudência.

O julgamento considerado paradigma sobre a matéria é o MS nº 20.597/DF, Rel. Min. **Octavio Gallotti** (Tribunal Pleno, DJ de 5/12/86). Discutia-se a destinação de vaga ímpar do quinto constitucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) resultante da aposentadoria de desembargador. Antes da vacância, o quinto do tribunal era constituído por dois desembargadores oriundos da classe dos advogados e um proveniente do ministério público. Aposentou-se um desembargador proveniente da classe dos advogados. O TJDF destinou a vaga novamente à advocacia, compreendendo-a como vaga fixa dessa classe. Levada a questão ao STF, a Corte decidiu que a vaga seria do Ministério Público, visto que a classe estava em minoria no Tribunal até a vacância.

O julgamento foi proferido à luz da Emenda Constituição nº 7/77, cujo art. 144, inciso IV, continha previsão bastante semelhante à do art. 94 da Constituição de 1988¹. Segundo esclareceu o Ministro **Octavio Gallotti**,

¹ “IV - na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por membros do Ministério Público ou advogados, indicados em lista tríplice.”

Relator, a Constituição então em vigor previa (como prevê hoje a Constituição de 1988) um sistema de equilíbrio,

“traduzido no princípio de igualdade do número de representantes de ambas as classes, só se apelando para o critério subsidiário da alternância na hipótese especial prevista no art. 100, § 2º, da Lei orgânica”.

Ainda de acordo com o Relator, a paridade seria princípio geral, e a alternância uma regra subsidiária, “porque o primeiro emana da Constituição e a segunda é explicitada em norma infraconstitucional”, e também porque a alternância somente seria aplicável na hipótese excepcional de “preenchimento de vaga excedente do número par imediatamente inferior”, ou seja, quando houver desequilíbrio na composição do quinto.

Nesse julgamento, ficou definido que **a vaga ímpar aberta deveria ser da classe que estivesse em minoria no Tribunal respectivo, até a verificação da vaga a ser provida**, conforme deflui do seguinte trecho do voto do Relator:

“A ruptura do equilíbrio, como consequência não desejada mas inevitável do número ímpar dos componentes do quinto, **clama por correção, via alternância, na primeira oportunidade que ocorrer, ou seja, na primeira vaga apurada.**

Quando uma das classes se acha em inferioridade na composição do Tribunal, **sempre que suceda uma vaga, há que inverter imediatamente a situação, e com a maior frequência possível**, para atender à paridade que é princípio constitucional. Perpetuar, desnecessariamente, a inferioridade, de alguma das classes é o mesmo que contrariar o espírito da Lei Maior” (grifo nosso).

Desde esse precedente, prevalece que **eventual vaga ímpar recém-aberta deve ser preenchida por alternância e sucessividade, não havendo vagas cativas.**

Destaca-se que o caso tratava do preenchimento de assento ímpar de quinto constitucional **pré-existente**. Discutia-se que classe ocuparia a vaga oriunda da aposentadoria de desembargador. Situação análoga foi enfrentada pelo STF, mais recentemente, no MS nº 34.523-AgR (Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Tribunal Pleno, DJe de 30/3/21), acerca da destinação de assento ímpar do quinto do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) objeto de vacância, ocasião na qual a Corte reiterou o entendimento consolidado desde o MS nº 20.597/DF.

O presente processo, diferentemente, trata de situação relativa a assento novo, nunca antes ocupado.

O Plenário do STF examinou o tema no MS nº 23.972/DF (Rel. Min. **Carlos Velloso**, Tribunal Pleno, DJe de 29/8/03) acerca de assento ímpar (nº 3) de quinto constitucional novo no TRF5, para o qual foi designado membro da classe dos advogados. O impetrante argumentava que, pelos critérios da alternância e sucessividade, a vaga deveria ser de membro do ministério público, visto que a última vaga de quinto constitucional (nº 2) foi ocupada por integrante da classe de advogados.

Em seu voto, o Ministro **Carlos Velloso** fez remissão ao entendimento firmado no paradigmático julgamento do MS nº 20.597/DF. No entanto, **distinguiu o caso então em análise do precedente paradigma**, aduzindo que **a regra da alternância somente incidiria quando, no momento da vacância, houver situação de predominância de uma das classes, o que não ocorreria na hipótese de criação de vaga ímpar nova, a qual é sempre precedida de uma situação de equilíbrio entre as classes.** É o que se extrai do seguinte trecho do voto:

“O T.R.F/5ª Região, como vimos, compunha-se de 10 (dez) Juízes, sendo dois do quinto constitucional. Assim, **quando a Lei 9.967/2000 criou mais uma vaga para o quinto, naquela Corte, havia paridade entre as duas classes. É dizer, a classe**

do Ministério Público não se encontrava em situação de inferioridade na composição do Tribunal, dado que aquela composição não apresentava número ímpar, mas número par.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, portanto, quando decidiu pela classe dos advogados, apoiando-se no critério da precedência inscrita no inc. I do art. 107 da Constituição, não violou a norma do § 2º do art. 100, da LOMAN. **Inexistindo, então, norma constitucional ou infraconstitucional que, na hipótese sob exame, estabeleça a categoria que deva ocupar a nova vaga, iniciando-se, então, o número ímpar de cargos que importará na aplicação, daí para frente, da norma do § 2º do art. 100 da LOMAN, segue-se que o T.R.F./5ª Região não praticou nenhuma ilegalidade na adoção do critério que entendeu objetivo, inc. I do art. 107 da C.F., norma específica do quinto constitucional nos Tribunais Regionais Federais”** (grifo nosso).

Em suma, o **leading case** do MS nº 20.597/DF tratava da destinação de um dos três assentos de quinto constitucional então existentes no TJDF, resultante da aposentadoria de desembargador, tendo o STF decidido que seu preenchimento deveria ocorrer de forma a inverter a predominância existente antes da vacância — a advocacia possuía dois lugares até a vacância; aposentando-se um desembargador oriundo da classe dos advogados, a vaga deveria ser ocupada por membro do ministério público, invertendo, assim, a predominância. No caso do MS nº 23.972/DF, diferentemente, a terceira vaga **acabara de ser criada**. Antes dela, havia equilíbrio entre as classes da advocacia e do ministério público, **razão pela qual o STF, nos termos do voto do Ministro Carlos Velloso, entendeu que o preenchimento da terceira vaga poderia ocorrer a critério do Tribunal.**

Não obstante, **a distinção fixada nesse precedente não foi acolhida no julgamento do MS nº 36.532/DF** (Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 8/6/20), em que se confirmou a decisão do CNJ no PCA nº

0000791-32.2019.2.00.0000 (Red. Conselheiro André Luiz Guimarães Godinho, 291ª Sessão Ordinária, julgado em 21/5/19), **caso julgado quando era eu presidente do Conselho.**

O PCA dizia respeito ao preenchimento de **novo** assento ímpar de quinto constitucional (nº 9) criado no Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), o qual decidiu destinar a vaga ao Ministério Público. A OAB/GO, por seu turno, pleiteava que a vaga fosse atribuída a integrante da advocacia, argumentando que o novo assento do tribunal deveria ser “destinado à classe que estava em posição de inferioridade numérica antes do reestabelecimento da paridade”. O TJGO, em contrapartida, argumentava que o art. 100, § 2º, da LOMAN

“não se refere a uma necessária obrigação de alternatividade relativa quando da ocupação de uma vaga ímpar **recém-criada**, mas sim da ocupação de eventual **vaga ímpar já existente** [remetendo, assim, à distinção feita no MS 23.972/DF]” (Rel. Min. **Carlos Velloso** – grifo nosso).

A Relatora do PCA, Ministra Maria Cristina Ziouva, proferiu voto (que **não prevaleceu**) consignando que as vagas pares deviam ser fixas e as vagas ímpares móveis, “preenchidas alternadamente, respeitando-se a paridade, a impessoalidade, o equilíbrio na alternância e o **histórico de permanência entre os atores envolvidos**”.

Quanto ao histórico de permanência de cada classe, a Relatora ressaltou que a advocacia se manteve em superioridade no TJGO de 18/4/69 a 15/5/79, isto é, por mais de dez anos, ao passo que o ministério público se manteve em superioridade apenas de 28/1/09 a 3/5/10. Assim, a disparidade entre as classes se traduziria em dez anos de superioridade da classe dos advogados (1969 a 1979) em relação a um ano e quatro meses de superioridade da classe do MP (28/1/09 a 03/5/10), o que justificaria a designação da nova vaga ao ministério público. A Relatora

também fez distinção entre as hipóteses de preenchimento de vaga ímpar já existente e de vaga recém-criada.

Prevaleceram, no entanto, os votos divergentes do Conselheiro André Godinho e o de minha lavra. O Conselheiro André Godinho entendeu que, considerando que a última vaga ímpar criada no tribunal (nº 7) beneficiara o Ministério Público, a nova vaga (nº 9) deveria ser preenchida pela advocacia. Seguindo essa linha, em meu voto afastei o critério da superioridade histórica e defendi o critério da alternância na superioridade numérica, inclusive na hipótese de assento novo, nos seguintes termos:

“Desse conjunto normativo [LOMAN e CE/GO] exsurge - clara e expressamente - a noção de que: à míngua de paridade (pela existência número ímpar) de vagas, entre membros do MP e da OAB para as cadeiras reservadas ao quinto constitucional, todos os normativos que cuidaram do tema elegeram - literalmente - a preponderância na unidade ímpar de representante de cada classe, com alternância e sucessividade, como a regra a ser adotada.

Isso significa, em outras palavras que, em cada composição ímpar do quinto constitucional, preponderará a classe não contemplada na vaga ímpar imediatamente anterior.

Representando essa lógica tem-se que: **se a 1ª vaga** (por ser ímpar) **foi da classe X**, a 3ª vaga (por ser ímpar e já que a 2ª apenas restabelece a paridade, que deve ser a regra) deverá ser da classe Y, e assim sucessivamente: **5ª da classe X**, 7ª da classe Y, **9ª classe X**, 11ª classe Y...

Este, em minha compreensão, é o único raciocínio correlato à exegese das regras supratranscritas, porque se elegeu, expressamente, **como unidade de medida da hipótese fática ‘a vaga’, a ‘cadeira’ o ‘assento’ no Tribunal e não o ‘tempo’; seja em dias corridos, dias úteis, dias na jurisdição,**

horas, meses, anos ou qualquer outra medida” (grifos nossos).

Na assentada, observei que a orientação consolidada no STF deveria prevalecer tanto no caso de vaga já existente quanto de vaga nova, conforme o seguinte trecho do meu voto:

“[E]m qualquer hipótese: **seja de vaga já existente ou de vaga nova deve prevalecer a orientação, há muito consolidada no âmbito do STF e albergada pelo CNJ**, no sentido de que ‘nas hipóteses de número ímpar de cadeiras, sempre que vagar qualquer uma delas, esta deverá ser preenchida por representante da classe que, até aquele momento, se encontrava em minoria na Corte’ (grifo nosso).

O entendimento prevaleceu naquele julgamento, nos termos da seguinte ementa:

“RECURSO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TJGO. QUINTO CONSTITUCIONAL. VAGA RECÉM-CRIADA. NÚMERO ÍMPAR DE VAGAS. PRINCÍPIO DA PARIDADE E REGRA DA ALTERNÂNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 100, § 2º, DA LOMAN. 1. O artigo 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), estabelece que, na hipótese de existir número ímpar de vagas referentes ao quinto constitucional, o preenchimento deverá observar a alternância e sucessividade. 2. A regra da alternância e sucessividade estampada no texto legal por certo objetiva evitar a perpetuação da disparidade entre as duas instituições, restando claro que a superioridade numérica, que hora beneficiará a advocacia, ora o parquet, deverá ser alternada e sucessiva. 3. Recurso Administrativo conhecido e provido” (CNJ - RA – Recurso Administrativo em PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0000791-

32.2019.2.00.0000 - Rel. Conselheiro **André Luiz Guimarães Godinho**, 291ª Sessão Ordinária, julgado em 21/5/19).

A decisão do CNJ foi confirmada pela Primeira Turma do STF no julgamento do MS nº 36.532/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 8/6/2020).

Mais recentemente, o CNJ julgou o PCA nº 0001989-02.2022.2.00.0000 (Rel. Conselheiro Marcio Luiz Freitas, julgado em 30/8/22), em que estava em discussão a destinação de **vaga ímpar nova** de quinto constitucional do TJGO.

A Lei Estadual nº 21.237/22 criou novos cargos de desembargador, elevando de nove para onze o número de vagas reservadas ao quinto. Não havia discussão quanto à destinação da vaga nº 10. Considerando-se que, até a Lei de 2022, cinco vagas estavam com a advocacia e quatro com o MPGO, a vaga nº 10 foi designada ao MP, para equilibrar as classes. Remanesce controvérsia quanto à vaga nº 11.

O CNJ manteve a decisão do TJGO que destinara a vaga de nº 11 ao MPGO, com fundamento na alternância e sucessividade, visto que,

“como a advocacia estava em superioridade numérica na criação da última vaga ímpar [a vaga nº 9 tinha sido atribuída à advocacia, em decisão confirmada pelo STF no MS 36.532/DF], o Parquet retomaria a predominância do preenchimento das vagas”.

O voto do Relator está embasado na decisão do CNJ no já mencionado PCA nº 0000791-32.2019.2.00.0000.

Portanto, embora, no julgamento do MS nº 23.972/DF, o STF tenha feito distinção entre o provimento de **assento ímpar novo** e de assento **ímpar pré-existente**, **essa distinção não prevaleceu no MS nº 36.532/DF e nas decisões mais recentes do CNJ, nas quais se entendeu que o assento novo deve ser destinado à classe que estava em inferioridade numérica**

quando do restabelecimento da paridade.

2.3 Do primeiro provimento de vaga ímpar do quinto constitucional

Com base nesse entendimento jurisprudencial, e tendo em vista o **periculum in mora** evidenciado no fato de que o processo de formação de lista sêxtupla da OAB estava em vias de conclusão, deferi a medida cautelar, **ad referendum** do Plenário.

No caso presente, o TJPI, até o advento da norma impugnada, era composto por 20 (vinte) membros, sendo reservados 4 (quatro) assentos para o quinto constitucional. Naquela situação, havia o equilíbrio entre as classes, cabendo 2 assentos para cada instituição. Com a ampliação do Tribunal para 22 (vinte e dois) membros pela Lei Complementar nº 294/24, houve a criação do **assento nº 5** do quinto constitucional.

De acordo com a aludida jurisprudência, **o primeiro provimento do assento nº 5 deveria ocorrer pela verificação de qual classe estava em superioridade numérica antes do restabelecimento da paridade, ou seja, quando o TJPI ainda contava com três vagas do quinto.** Constatou-se que a OAB atingiu a superioridade numérica quando ocupou a vaga nº 3 do quinto constitucional do TJPI, razão pela qual a **vaga nº 5**, recém-criada, deveria, por essa lógica, ser atribuída ao Ministério Público, pelos critérios da alternância e da sucessividade.

No entanto, após exame **ainda mais minucioso** da questão, agora trazida à apreciação desta Suprema Corte em controle abstrato, **entendo não ser essa a melhor solução à luz da paridade entre ministério público e advocacia preconizada pela CF/88.**

Parece-me não haver dúvidas a respeito da hipótese de preenchimento de assento ímpar preexistente, sendo necessário alternar a prevalência de classes, não havendo controvérsia a respeito disso desde o julgamento do MS nº 20.597/DF. O ponto que merece melhor definição diz respeito ao primeiro provimento de assento ímpar.

O art. 100, § 2º, da LOMAN determina que a vaga ímpar deverá ser preenchida, alternada e sucessivamente, por advogado e por membro do

ministério público, de forma a alternar a superioridade numérica de uma das classes. Depreende-se do texto legal que **a alternância deve ocorrer relativamente à mesma vaga**. No caso de primeiro provimento, **não existe um provimento prévio que sirva como referência**. Trata-se de um provimento inaugural.

Aplicar a alternância no primeiro provimento de vaga ímpar, beneficiando a classe que estava em inferioridade numérica antes do restabelecimento da paridade, é uma interpretação que extrapola os limites semânticos do art. 100, § 2º, da LOMAN, o qual **trata especificamente da hipótese em que há desequilíbrio entre as classes antes da vacância**, o que não ocorre na hipótese de assento ímpar novo, o qual é sempre precedido pela paridade entre as classes do quinto.

Enquanto, no provimento de assento ímpar preexistente, se deve observar a alternância e a sucessividade, no primeiro provimento de assento ímpar, **cabe ao próprio tribunal definir a classe à qual será designada a vaga, o qual, no entanto, sempre deverá ter como baliza a paridade entre as classes, decorrente da Constituição de 1988**. Explico.

É certo que as situações em que há número ímpar de vagas do quinto constitucional tornam mais complexo o alcance do equilíbrio entre as classes. Mas é também certo que a aplicação indiscriminada da alternância, inclusive para situações não contempladas pelo art. 100, § 2º, da LOMAN, pode gerar resultados contrários à almejada paridade, propiciando a predominância prolongada de uma classe em detrimento da outra.

O caso do TJPI bem ilustra isso. O Ministério Público esteve em superioridade no tribunal de 1978 a 1992, quando ocupava a primeira e, até então, única vaga de quinto constitucional. A advocacia, por seu turno, esteve em superioridade apenas de 2003 a 2005, quando havia apenas três vagas de quinto. Conforme destacou o Estado do Piauí nos autos (e-doc. 27), **é claro o desequilíbrio prolongado de representatividade entre Ministério Público e advocacia**.

Nesse quadro, conferir a quinta vaga de quinto do TJPI, recém-criada, ao Ministério Público equivaleria a prolongar ainda mais esse

desequilíbrio, o que contrariaria a paridade entre as classes na composição do quinto constitucional, entendida como a impossibilidade de se estabelecer preferência ou prioridade a qualquer das classes. A medida também subverteria a almejada diversidade da composição dos tribunais, escopo da regra do quinto.

Daí a necessidade de se permitir que o respectivo Poder Judiciário Estadual, no exercício de sua autonomia administrativa e de seu poder de auto-organização (arts. 99 e 125 da CF/88), defina a classe que ocupará o assento ímpar novo relativo ao quinto constitucional, considerando seu histórico de funcionamento institucional, de modo a aferir eventual situação de superioridade prolongada de determinada classe.

Quanto ao ponto, destaco a observação da Conselheira Maria Cristiana Simões Amorim Ziouva no PCA 0000791-32.2019.2.00.0000:

“(…) [A] se ignorar o histórico na composição do colegiado, desprestigiando-se a contagem do período temporal em que uma classe prevaleceu sobre a outra, se estaria a anular a exigência de paridade e de impessoalidade entre as classes, prolongando-se inapropriado o desequilíbrio na ocupação desses cargos.

Assim, a fim de se reestabelecer o devido equilíbrio entre as duas classes e o propósito do legislador em igualar, tanto quanto possível, a participação dos advogados e do Ministério Público na integração do quinto constitucional, impõe-se que eventuais distorções históricas venham a ser sanadas em situações como a que se apresenta nos autos, com a adequada escolha da destinação de vaga ímpar recém-criada.”

É, portanto, razoável considerar o histórico de predominância de cada classe do quinto constitucional na busca pelo equilíbrio possível na representatividade de cada classe. Falo em “equilíbrio possível” porque a paridade absoluta mostra-se de difícil alcance, considerando a própria possibilidade de composições ímpares de quinto constitucional e o fato

de os períodos de permanência dos desembargadores nesses assentos serem variáveis, não havendo regra objetiva que garanta a participação de cada classe na composição dos tribunais com absoluta igualdade.

Não obstante essa dificuldade, **a paridade deve ser o princípio norteador da definição das vagas do quinto, sendo o momento do preenchimento de vaga ímpar nova ideal para a correção de distorções**, como a existente no TJPI. Possui relevância, também neste caso, a noção de “pensamento jurídico do possível”, abordada pelo Ministro **Gilmar Mendes** na já mencionada ADI nº 1.289. **Vide:**

“Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o *‘pensamento jurídico do possível’* expressão, conseqüência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980, p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes conseqüências da orientação perfilhada por Häberle, *‘uma teoria constitucional das alternativas’* pode converter-se numa *‘teoria constitucional da tolerância’* (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6). Daí perceber-se também que *‘alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação’* (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

A propósito, anota Häberle:

‘O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na res

publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para 'novas' realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor' (Häberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 3)."

Na falta de um critério objetivo que promova de forma absoluta a paridade, é fundamental que os tribunais se aproximem ao máximo dela. Nesse quadro, é certo que, no caso do primeiro provimento de vaga ímpar do quinto, muitas vezes, a alternância não será capaz de prestigiar a paridade, sendo necessário permitir que o tribunal, considerando o histórico de ocupação dos assentos do quinto, destine a vaga de forma a melhor promover o equilíbrio de oportunidades entre ministério público e advocacia.

3. Dispositivo

Pelo exposto, julgo o pedido da ação direta de inconstitucionalidade **improcedente**, declarando a **constitucionalidade** do art. 9º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 266/22, com a redação da Lei Complementar nº 294, de 16 de abril de 2024, e **cassar a liminar deferida**.

Ficam prejudicados os pedidos de reconsideração da liminar (e-docs. 25 e 27).

Fixo as seguintes **teses de julgamento**: 1. O primeiro provimento de assento ímpar relativo ao quinto constitucional não se submete aos critérios da alternância e da sucessividade previstos no art. 100, § 2º, da Lei Complementar nº 35/1979; 2. O tribunal respectivo poderá decidir acerca do primeiro provimento de assento ímpar relativo ao quinto constitucional, devendo ter como baliza o equilíbrio de oportunidades

entre advocacia e ministério público.

É como voto.